

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: RB150039-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. A. Katzenstein, Vorsitzende, Oberrichter lic. iur. et phil. D. Glur und Oberrichter Dr. P. Higi sowie Gerichtsschreiber lic. iur. M. Hinden.

Urteil vom 18. Dezember 2015

in Sachen

1. **A.** _____,

2. ...,

Beklagte und Beschwerdeführerin

gegen

B. _____ **AG**,

Klägerin und Beschwerdegegnerin

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. X. _____

betreffend **Forderung / Ausstand**

Beschwerde betreffend den Proz. CG140005 des Bezirksgerichtes Meilen

Erwägungen:

1.

1.1. Am 4. Oktober 2013 stellte die Klägerin und Beschwerdegegnerin (im Folgenden: Klägerin) beim Friedensrichteramt Küsnacht ein Schlichtungsgesuch gegen die Beklagte 1 und Beschwerdeführerin (im Folgenden: Beklagte 1) sowie gegen den später verstorbenen C._____ (damals Beklagter 2 im vorinstanzlichen Verfahren). Die Klägerin stellte das Rechtsbegehren, die Beklagten seien solidarisch zu verpflichten, der Klägerin CHF 73'710.00 zuzüglich Zins zu 5% seit 28. September 2013 zu bezahlen. Zur Schlichtungsverhandlung vom 25. November 2013 erschien seitens der Beklagten niemand. Am 27. November 2013 stellte das Friedensrichteramt die Klagebewilligung aus (act. 5/1). Mit Schriftsatz vom 25. Februar 2014 reichte die Klägerin beim Bezirksgericht Meilen Klage ein und stellte folgendes Rechtsbegehren:

1. Es seien die Beklagten solidarisch zu verpflichten, der Klägerin CHF 73'710.00 zuzüglich Zins zu 5% seit 28. September 2013 zu bezahlen.
2. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zzgl. 8% MWST) zu Lasten der Beklagten, einschliesslich Kosten des Schlichtungsverfahrens.

Die Klägerin behauptete im Wesentlichen, die Beklagten sowie D._____ und E._____ seien die Erben der am tt.mm.2012 in Küsnacht verstorbenen F._____. Die G._____ AG habe das testamentarisch angeordnete Willensvollstreckerman- dat angenommen. Zum Nachlass habe die Liegenschaft H._____ -Strasse ... in Küsnacht gehört. Am 31. Januar 2013 habe die Willensvollstreckerin die Klägerin exklusiv mit dem Verkauf der Liegenschaft betraut. Zwischen den Erben sei Streit entstanden. Ende Juli 2013 habe die G._____ AG das Amt als Willensvollstrecke- rin niedergelegt. Drei der vier Erben hätten am 16. August 2013 dem Verkauf des Hauses an RA Dr. I._____ zugestimmt. Die Beklagte 1 habe die Zustimmung oh- ne ersichtlichen Grund verweigert. Die Erben schuldeten solidarisch das Makler- honorar, das die Klägerin nun von der Beklagten 1 und vom Beklagten 2 fordere (act. 2).

Die Vorinstanz leitete den Prozess. Diesbezüglich ist grundsätzlich auf die Akten des Bezirksgerichts Meilen zu verweisen (act. 5). Mit Verfügung vom 14. Januar 2015 wurde der Antrag des Beklagten 2, wonach das Verfahren auf die Frage der Gültigkeit der Klagebewilligung zu beschränken sei, abgewiesen (act. 5/41). Mit Eingabe vom 12. Juni 2015 teilte die Beklagte 1 mit, dass ihr Bruder, der Beklagte 2, am 6. Juni 2015 in einem Spital in ... Thailand gestorben sei (act. 5/67). Mit Verfügung vom 24. Juni 2015 wurde das Verfahren sistiert, bis über den Antritt der Erbschaft des Beklagten 2 entschieden sei (act. 5/75). Mit Eingabe vom 27. Juli 2015 stellte die Beklagte 1 den Antrag, es sei so rasch als möglich ein Urteil darüber zu fällen, ob die Sühnverhandlung und die Klage gültig gewesen seien (act. 5/81). Am 2. September 2015 stellte das Bezirksgericht Meilen D. _____ im Nachlass des Beklagten 2 eine Erbescheinigung aus (act. 5/84).

Mit Eingabe vom 22. September 2015 stellte die Beklagte 1 den Antrag, die den Prozess leitende Ersatzrichterin lic.iur. J. _____ habe wegen Befangenheit in den Ausstand zu treten. In einem separaten Verfahren (Geschäfts-Nr. BV150015) setzte der Gerichtspräsident der Richterin und der Klägerin Frist zur Stellungnahme an (act. 5/86). Mit Verfügung vom 2. Oktober 2015 wurde im Verfahren BV150015 D. _____ als Beklagte 2 und Verfahrensbeteiligte aufgenommen und es wurde ihr Frist zur Stellungnahme angesetzt (act. 5/87).

Mit Verfügung vom 2. November 2015 nahm die Vorinstanz D. _____ als Beklagte 2 in das Verfahren auf und setzte ihr Frist zur Erstattung der Duplik an. Der Entscheid wurde von der Ersatzrichterin lic.iur. J. _____ erlassen (act. 5/93). Mit Eingaben vom 10. November 2015 und vom 19. November 2015 monierte die Beklagte 1 im Wesentlichen den Umstand, dass der Prozess noch immer von Ersatzrichterin lic.iur. J. _____ geleitet werde, obwohl über den Ausstand noch nicht entschieden sei (act. 5/95 und 5/108). Am 20. November 2015 teilte die Beklagte 1 mit, sie habe schon wiederholt darauf hingewiesen, dass der Maklervertrag zwischen der Klägerin und der G. _____ AG geschlossen worden sei. Statt festzustellen, dass die Klage ungültig sei, leite Ersatzrichterin lic.iur. J. _____ den Prozess weiter, "wie nichts wäre" (act. 5/110).

Mit Schreiben vom 23. November 2015 teilte der Gerichtspräsident im Verfahren BV150015 der Beklagten 1 im Wesentlichen mit, dass über das Ausstandsbegehren entschieden worden wäre, wenn nicht immer neue Eingaben eingereicht worden wären, die jeweils wieder zur Stellungnahme zugestellt werden müssten. Mit den unaufgefordert eingereichten Eingaben vom 19. und 20. November 2015 habe die Beklagte 1 den Entscheid erneut verzögert, da diese Schreiben den anderen Verfahrensbeteiligten zugestellt werden müssten (act. 5/113).

1.2. Mit Eingabe vom 2. Dezember 2015 erhob die Beklagte 1 Beschwerde und erklärte, folgende Rechtsbegehren zu stellen (act. 2):

1. Über die Gültigkeit der Forderungsklage von B._____ AG, ..., muss nun nach zwei Jahren endlich mal entschieden werden bevor man weitere Schriften laufen lässt. Auch neue Schriften (Triplik etc.) ändern die Tatsachen und den Inhalt nicht. Es ist genügend Material und 2 Schriftenwechsel vorhanden, um einen Gültigkeitsentscheid der Klage zu treffen. Die B._____ Klage muss nun nach 2 Jahren abgelehnt werden, da der Vertrag zwischen der G._____ und B._____ AG zustande kam und unterschrieben wurde, nicht von A._____ und D._____ (tritt in die Fusstapfen meines verstorbenen Bruders). **Beilage 1**
2. Ueber den gestellten Ausstandsantrag von Frau Ersatzrichterin Frau J._____, hat der Gerichtspräsident vom Bezirksgericht Meilen immer noch entschieden. **Beilage 2**
3. Trotz Ausstandsbegehren lässt die Ersatzrichterin Frau J._____ den B._____ Prozess einfach weiterlaufen. Der Prozess muss sofort sistiert werden bis über den Ausstand der Richterin – Antrag neuer unabhängiger Richter, entschieden worden ist. Der neue Richter muss nun dann über die Gültigkeit der Klage entscheiden was die Ersatzrichterin Frau J._____ über 2 Jahre nicht gemacht hat. **Beilage 3**
4. Eine rechtsgültig Entscheidung (OG/BG) ist dringend notwendig falls es in einem neuerlichen Erbteilungsprozess F._____ sel. kommen würde, die hohen Passiven (Forderungsklage CHF 78'000.– und Gerichtskosten etc.) absolut unklar sind. Ohne ein solches Urteil kann ein Erbprozess F._____ sel. gar nicht endgültig, d.h. rechtskräftig abgeschlossen werden und wäre dann über Jahre hängig und entsprechende Kosten würden wieder unnötig verursacht werden.
5. Eine Bevorzugung der Klägerin, z.B. Abweisung unseres Antrages über einen weiteren Kostenvorschuss, wurde ohne Begründung, von der Ersatzrichterin Frau J._____ abgelehnt.

6. Das Obergericht muss als nächst höhere Instanz entscheiden, wie die Prozesse B._____/A.____ und der Ausstand der Richterin J.____ weitergehen und dem Bezirksgericht Instruktionen zu geben.

Am 11. Dezember 2015 richtete die Beklagte 1 je ein Schreiben an den Präsidenten des Bezirksgerichts Meilen sowie an Ersatzrichterin lic.iur. J.____. Je eine Kopie davon reichte sie im Beschwerdeverfahren ein (act. 7/1 und 7/2). Die Akten des Forderungsprozesses wurden beigezogen. Das Verfahren ist spruchreif.

2.

2.1. Die Beklagte 1 ist Verfahrenspartei in einem Forderungsprozess, der vor dem Bezirksgericht Meilen durchgeführt wird. Das Verfahren wird durch die Zivilprozessordnung geregelt. Das Obergericht ist Rechtsmittelinstanz (§ 48 GOG) und kann in das vorinstanzliche Verfahren nur im Rahmen eines zulässigen Beschwerde- oder Berufungsverfahrens eingreifen. Eine Voraussetzung für die Zulässigkeit eines Rechtsmittels ist das Vorliegen eines Anfechtungsobjekts. Anfechtungsobjekte sind vorinstanzliche Entscheide sowie Fälle von Rechtsverzögerung (Art. 308 Abs. 1 und 319 ZPO). Wer ein Rechtsmittel einlegt, hat Anträge zu stellen, diese zu begründen und den angefochtenen Entscheid beizulegen, soweit der Rechtsmittelkläger darüber verfügt (Art. 311 Abs. 1 und 2 sowie Art. 321 Abs. 1 und 3 ZPO; ZK ZPO-REETZ/THEILER, Art. 311 N 34).

2.2. Soweit die Beklagte 1 allgemein verlangt, das Obergericht habe als nächst höhere Instanz dem Bezirksgericht Instruktionen zu geben und zu entscheiden, wie die Prozesse B._____/A.____ und der Ausstand der Richterin J.____ weiterzugehen habe, fehlt es an einem Anfechtungsobjekt und damit an der funktionellen Zuständigkeit der Kammer zu einem Entscheid, weshalb auf die Beschwerde insoweit nicht einzutreten ist.

2.3. Unter den der Beschwerdeschrift beigelegten Unterlagen befinden sich zwei, die ein mögliches Anfechtungsobjekt darstellen können, und zwar das Schreiben des Präsidenten des Bezirksgerichts Meilen vom 23. November 2015 (act. 3/2 = act. 4/2) und die Verfügung vom 2. November 2015 (act. 3/3a = act. 4/1).

Die Beklagte 1 hatte im vorinstanzlichen Verfahren den Ausstand von Ersatzrichterin lic.iur. J. _____ verlangt. Über ein Ausstandsgesuch entscheidet gemäss Art. 50 Abs. 1 ZPO das Gericht, im vorliegenden Fall also das Bezirksgericht Meilen. Der Präsident des Bezirksgerichts Meilen hat das Ausstandsgesuch unter der geschäfts-Nummer BV150015 an die Hand genommen. Zu Recht bringt die Beklagte 1 im Zusammenhang mit der Zuständigkeit keine Rügen an. Im Schreiben vom 23. November 2015 legte der Gerichtspräsident dar, dass er am 30. November 2015 über das Ausstandsbegehren entschieden hätte, wenn die Beklagte 1 nicht unaufgefordert neue Eingaben gemacht hätte, die wiederum den anderen Verfahrensbeteiligten zugestellt werden müssten. Auch wenn ein nicht als Verfügung oder Urteil bezeichnetes Schreiben einen Entscheid darstellen kann, ist das Schreiben vom 23. November 2015 nicht als solchen zu qualifizieren, da damit nichts entschieden wurde, sondern begründet wurde, weshalb ein Entscheid zurzeit noch nicht gefällt werden könne. Als Anfechtungsobjekt scheidet das genannte Schreiben deshalb aus. Anfechtungsobjekt ist hingegen die von der Beklagten 1 im Hinblick auf das Ausstandsgesuch geltend gemachte Rechtsverzögerung. Gemäss Art. 29 Abs. 1 BV hat jede Person den Anspruch auf eine Beurteilung innert angemessener Frist. Die Angemessenheit der Verfahrensdauer wird nach den gesamten Umständen beurteilt. Dabei ist auch das Verhalten der Parteien zu berücksichtigen. Der Rechtssuchende kann sich nicht über die Verzögerung beschweren, die auf von ihm verursachte unnötige Ausweitungen des Verfahrens zurückgehen (PETER KARLEN, BSK ZPO, 2. Auflage, Art. 29 BV N 17-18). Die Beklagte 1 hat das Ausstandsgesuch am 22. September 2015 gestellt (act. 5/86 S. 2). Der Bezirksgerichtspräsident blieb nicht untätig, sondern holte bei der abgelehnten RichterIn, der Klägerin und der Beklagten 2 Vernehmlassungen ein. Diese wurden den Parteien zur Kenntnisnahme zugestellt. Die Beklagte 1 äusserte sich unaufgefordert, insbesondere mit den Eingaben vom 19. und 20. November 2015 und verhinderte damit, dass die Vorinstanz am 30. November 2015 entscheiden konnte (act. 4/2). Die Beklagte 1 hat sich selber zuzuschreiben, dass die Vorinstanz über das Ausstandsbegehren noch nicht entscheiden konnte. Die Rechtsverzögerungsbeschwerde ist deshalb abzuweisen.

2.4. Mit Verfügung vom 2. November 2015 hat die Vorinstanz die Sistierung des Verfahrens aufgehoben, nachdem sie festgestellt hat, dass D. _____ als Alleinerbin von C. _____ als Beklagte 2 in den Prozess eintritt (act. 4/1). Es handelt sich dabei um einen prozessleitenden Entscheid, der nur angefochten werden kann, wenn der Beklagten 1 ein nicht leicht wiedergutzumachender Nachteil droht (Art. 126 Abs. 2 ZPO, Art. 319 lit. b Ziff. 2 ZPO). Die Aufhebung der Sistierung führt nicht zu einem nicht leicht wiedergutzumachenden Nachteil für die Beklagte 1, sondern im Gegenteil zu der von ihr gewünschten beförderlichen Fortsetzung des Verfahrens. Daran ändert auch der Umstand nichts, dass die Verfügung von der von der Beklagten 1 abgelehnten Ersatzrichterin lic.iur. J. _____ erlassen wurde. Denn eine abgelehnte Richterin kann den Prozess weiter leiten, allerdings unter dem Risiko der allfälligen Aufhebung und Wiederholung der Amtshandlungen, falls das Ausstandsbegehren später gutgeheissen wird. Darauf wurde die Beklagte durch den Bezirksgerichtspräsidenten bereits zutreffend hingewiesen (act. 4/2 S. 4). Auf die Beschwerde gegen die Verfügung vom 2. November 2015 ist nicht einzutreten.

2.5. Die Beklagte 1 rügt, ihr Antrag, der von der Klägerin zu leistende Kostenvorschuss sei zu erhöhen, sei ohne Begründung abgelehnt worden. Dies ist unzutreffend. In der Verfügung vom 2. November 2015 ist die Vorinstanz mit begründetem Entscheid auf den entsprechenden Antrag der Beklagten 1 nicht eingetreten (act. 93). Die Beklagte 1 setzt sich mit der Begründung nicht auseinander, weshalb auf die Beschwerde in diesem Punkt unabhängig von der Frage der Wahrung der Beschwerdefrist nicht einzutreten ist.

2.6. Die Beklagte 1 bringt schliesslich vor, nach einer Verfahrensdauer von nunmehr zwei Jahren sei die Klage endlich abzuweisen, da die G. _____ AG und nicht die Beklagten Vertragspartei sei. Soweit die Beklagte 1 damit geltend machen will, das Verfahren sei auf die Frage der Gültigkeit der Klagebewilligung zu beschränken, ist sie darauf hinzuweisen, dass die Vorinstanz den entsprechenden Antrag des damaligen Beklagten 2 bereits mit Verfügung vom 14. Januar 2015 abgewiesen hat (act. 5/41). Falls die Beklagte 1 allgemein eine zu lange Verfahrensdauer rügen will, ist zu bemerken, dass sie keine konkrete Rüge vor-

bringt. Wie den Akten zu entnehmen ist, weist das vorinstanzliche Verfahren keine wesentlichen Bearbeitungslücken auf.

2.7. Nach dem Gesagten ist die Beschwerde abzuweisen, soweit darauf einzutreten ist.

3.

Ausgangsgemäss sind die Kosten des Beschwerdeverfahrens der Beklagten 1 aufzuerlegen (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Parteientschädigungen sind nicht zuzusprechen.

Es wird erkannt:

1. Die Beschwerde wird abgewiesen, soweit darauf eingetreten wird.
2. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf CHF 500.00 festgesetzt.
3. Die Gerichtskosten des Beschwerdeverfahrens werden der Beklagten 1 auferlegt.
4. Es werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Klägerin und an D. _____ unter Beilage je eines Doppels von act. 2, sowie an das Bezirksgericht Meilen und an die Obergerichtskasse, je gegen Empfangsschein.

Die erstinstanzlichen Akten gehen nach unbenütztem Ablauf der Rechtsmittelfrist an die Vorinstanz zurück.

6. Eine Beschwerde gegen diesen Entscheid an das Bundesgericht ist innert 30 Tagen von der Zustellung an beim Schweizerischen Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, einzureichen. Zulässigkeit und Form einer solchen Beschwerde richten sich nach Art. 72 ff. (Beschwerde in Zivilsachen) oder Art. 113 ff. (subsidiäre Verfassungsbeschwerde) in Verbindung mit Art. 42 des Bundesgesetzes über das Bundesgericht (BGG).

Dies ist ein Zwischenentscheid im Sinne von Art. 93 BGG.
Es handelt sich um eine vermögensrechtliche Angelegenheit. Der Streitwert übersteigt CHF 30'000.00.
Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Obergericht des Kantons Zürich
II. Zivilkammer

Der Gerichtsschreiber:

lic. iur. M. Hinden

versandt am: